

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOHNATAN LOHAN BORGES DE SOUZA TAVARES

UMA CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO
COMO *PRIMA RATIO*

2017
CURITIBA

JOHNATAN LOHAN BORGES DE SOUZA TAVARES

UMA CRÍTICA AO DIREITO PENAL BRASILEIRO
COMO *PRIMA RATIO*

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha.

CURITIBA

2017

*A MINHA FAMÍLIA
AOS MEUS AMIGOS...*

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha mãe, que, por mais que eu não perceba, sempre esteve ao meu lado. Ajudou-me a ser a pessoa que sou hoje e não mede esforços para me auxiliar até nas coisas simples. Ela e minha irmã são as pessoas que conviveram comigo e estiveram lá para me amar. Perceberam o momento de dedicação para a conclusão deste trabalho e fizeram o possível para que eu pudesse estar cem por cento nele.

Agradeço aos meus amigos. Eles sabem quantos finais de semana eu estive dedicado, quantas saídas não ocorridas, sábados à noite estudando e conversas entre amigos com a atenção dividida. Mais do que isso, a todos que se cansaram de ouvir-me falar de monografia, pois este era o único assunto que eu sabia falar. Está aqui o resultado e esperamos aí a vinda de novos assuntos.

Agradeço também ao meu orientador pela sua paciência e dedicação nesse momento da minha vida.

*“Não construí nada que me possam roubar.
Não há nada que eu possa perder.
Nada que eu possa trocar,
Nada que se possa vender.*

*Eu que decidi viajar,
Eu que escolhi conhecer,
Nada tenho a deixar
Porque aprendi a viver...”*

Autor desconhecido

RESUMO

Buscou-se no presente trabalho realizar uma análise de dois fenômenos contemporâneos no Brasil. Primeiro, o já conhecido avanço da população carcerária e, segundo, o aumento das alterações legislativas mais severas nos artigos do Código Penal, especificamente da Parte Especial. Apresenta-se, inicialmente, os conceitos de Direito Penal, bens jurídicos e o Princípio da *ultima ratio*, almejando a compreensão dos objetivos e funções e limites do Direito Penal. Posteriormente, traz-se dados da população carcerária, disponíveis nos Anuários Estatísticos do Brasil, e uma análise das citadas alterações penais, inferindo deles, uma expansão do poder punitivo. A partir disto, realiza-se os questionamentos destes eventos e suas conexões frente à Constituição Federal de 1988 e os legisladores. Em outras palavras, a contradição destas ocorrências com um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Princípio da *ultima ratio*. População carcerária. Alterações de artigos penais. Estado democrático de Direito. Legisladores.

ABSTRACT

The following work aimed to analyze two contemporary phenomena in Brazil. First, the already known advance of the prison population, and, second, the increase of the most severe legislative changes in articles of the Penal Code, specifically the Special Part. It presents initially the concepts of Criminal Law, juridical goods and the Ultimate Principle, focusing at understanding the objectives and functions and limits of Criminal Law. Subsequently, data of the prison population are available - in the Statistical Yearbooks of Brazil - and an analysis of the abovementioned penal changes, inferring from them, an expansion of punitive power. From this, the questioning of these events and its connections with the Federal Constitution of 1988 and the legislators is carried out. In other words, the contradiction of these occurrences with a Democratic State of Right.

Keywords: Principle of the ultimate ratio. Prison population. Changes in criminal articles. Democratic state. Legislators.

LISTA DE GRÁFICOS

GRÁFICO 1 – EDIÇÃO DE LEIS – 1940-2016.....	26
GRÁFICO 2 – ALTERAÇÃO DE ARTIGOS – 1940-2016.....	26

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – POPULAÇÃO CARCERÁRIA – 1943-1985.....	18
TABELA 2 – POPULAÇÃO CARCERÁRIA – 1990-2014.....	19
TABELA 3 – EDIÇÃO DE LEIS – 1940-1987.....	21
TABELA 4 – ALTERAÇÃO DE ARTIGOS – 1940-1987.....	22
TABELA 5 – EDIÇÃO DE LEIS – 1988-2016.....	23
TABELA 6 – ALTERAÇÃO DE ARTIGOS – 1988-2016.....	23

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O DIREITO PENAL BRASILEIRO	10
2.1	O Direito Penal	10
2.2	Bens jurídicos	12
2.3	O Princípio da <i>ultima ratio</i>	13
3	A MATERIALIZAÇÃO DA LEI PENAL	18
3.1	Encarceramento em massa	18
3.2	Alterações de artigos penais de 1940 até 1987	20
3.3	Alterações de artigos penais de 1988 até os dias atuais	22
3.4	O Direito Penal aumentou?	24
4	A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO PENAL	29
4.1	Direitos e Garantias fundamentais	29
4.2	Garantias de grupos minoritários na Constituição Federal	30
4.3	Estado Democrático de Direito	33
4.4	Demanda legislativa simbólica	35
5	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é realizar, em última instância, uma crítica ao Direito Penal brasileiro considerando seus objetivos, funções e princípios frente às contradições encontradas na realidade, a dizer, a expansão do poder punitivo por meio do aumento do encarceramento e da produção legislativa penal.

Na primeira parte, o objetivo é apresentar as noções básicas do Direito Penal para a total compreensão das conclusões e críticas a serem feitas posteriormente. Sendo assim, ocupa-se, nesse ponto, de discorrer acerca do conceito de bem jurídico, principalmente como objeto de proteção do Direito Penal, e do Princípio da *ultima ratio*, tido como princípio limitador deste.

Apresentados os conceitos básicos, mas necessários, ocupa-se na parte dois de apresentar os dados de encarceramento, ressaltando seu aumento progressivo, e, produção penal, particularmente as alterações mais severas dos artigos penais. Com destaque para os dados posteriores à 1988, ocorrência da Constituição Federal. O período de análise aqui parte da edição do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e se limita à análise das alterações dos artigos da Parte Especial do Código Penal, portanto, desconsiderando a averiguação dos efeitos da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que reformulou a Parte Geral.

Feito tais análises, destacamos, na terceira parte, esses dados com o período democrático brasileiro, pós- Constituição, questionando os resultados da análise e sua conexão com a Constituição Federal como, também, a contribuição legislativa na produção penal relacionado aos Direitos e Garantias fundamentais.

2 O DIREITO PENAL BRASILEIRO

2.1 O Direito Penal

Antes de apresentarmos os objetivos do Direito penal, devemos esclarecer o próprio significado da expressão Direito penal visando uma maior precisão deste termo. O Direito penal pode ser entendido como lei penal, portanto, legislação penal, advindo de um poder político; como saber jurídico, ou seja, o discurso dos juristas; como, também, Direito penal como poder punitivo do Estado.¹

Como bem apresentado por Zaffaroni, quando falamos: “(a) O direito penal não pode combater a pobreza. (b) O direito não apenas essa conduta (c) O direito penal não analisou esse tema”², estamos, claramente, tratando de um mesmo termo com significados diferentes. No primeiro caso, trata-se do Direito penal como poder punitivo que advém das agências executivas do Estado; no segundo, temos a legislação penal, que, por sua vez, é de função dos órgãos políticos, no caso, os legisladores; e, no terceiro, o Direito Penal como saber jurídico, conhecimento teórico ou doutrina, produzidos pela docência.³

Segundo Zaffaroni:

É hoje quase unânime a delimitação do horizonte de projeção do direito penal centrada na explicação de complexos normativos que habilitam uma forma de coação estatal, que é o poder punitivo, caracterizada por sanções diferentes daquelas empregadas pelos demais ramos do saber jurídico: as penas.⁴

Deve-se compreender o Direito Penal como um todo. Um sistema que, ao mesmo tempo, se mostra como Poder Punitivo, Leis e Doutrina “(...) para cumprir funções concretas dentro de e para uma sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”.⁵ Tradicionalmente, o Direito Penal é definido como um conjunto de normas, um ordenamento jurídico, que comina sanções para

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.38.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 26.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 27.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.39.

⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 19.

determinados grupos de comportamentos, ditos reprováveis ou danosos, além de guiar a própria interpretação de suas normas, tudo isso com vista ao bem e preservação da vida em sociedade.⁶

Entre tais conceituações, podemos qualificar um aspecto formal ou estático, ligado ao Direito penal como conjunto de normas; um aspecto material, referente a comportamentos reprováveis pela sociedade e a proteção de bens jurídicos; e um aspecto sociológico ou dinâmico, concernente a um Direito Penal como instrumento de controle social.⁷

O Direito penal tem como objeto o estudo da norma,⁸ ou, mais especificamente, seus comandos legais relativos às condutas humanas.⁹ Sua função, em última instância, é manutenção da paz social. Garantir a convivência em sociedade. Em outras palavras, a própria proteção do bem-estar social.¹⁰ Ele, sendo assim, “[...] regula as relações dos indivíduos em sociedade e as relações destes com a mesma sociedade”.¹¹

Em vista os objetivos do Direito penal, podemos separá-los em objetivos declarados ou manifestos e objetivos reais ou latentes. Entre seus objetivos declarados, temos o intento de proteção dos Bens jurídicos, que será discorrido na próxima seção, e, como objetivo real, o controle social.¹²

⁶ Para complementação, ver: BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 50; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32; CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 31; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 67; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 3.

⁷ Ver: BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 21; CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 31-32.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

⁹ Nessa linha, ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 3.

¹⁰ Ver: BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 20; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33; BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 03; CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 32; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 88.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 33.

¹² Ver: BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 116; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 4-6.

2.2 Bens Jurídicos

Como objetivo declarado do Direito penal, temos a proteção dos Bens jurídicos, ou seja, a “(...) proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena”.¹³ É a proteção, portanto, dos bens mais relevantes para a existência da sociedade, os bens indispensáveis para a própria vida em sociedade.¹⁴ Seriam eles “a vida, a integridade e saúde corporais, a honra, a liberdade individual, o patrimônio, a sexualidade, a família, a incolumidade, a paz, a fé e a administração pública”,¹⁵ entre outros. O ataque aos bens jurídicos pode desencadear as consequências mais graves num Estado democrático de direito¹⁶, quais sejam, as penas e medidas de segurança.¹⁷

Há, portanto, bens tutelados que são considerados essenciais para a vida em sociedade, são elencados como bens jurídicos e, então, protegidos pelo Direito penal.

Vale ressaltar que os bens jurídicos mudam. Não são estáticos no tempo. Isso ocorre porque a sociedade valora de forma diferente os seus bens com o passar do tempo e explica porque não é possível determinar de forma permanente os bens jurídicos.¹⁸ O que ontem era considerado como bem indispensável para a convivência em grupo, hoje é relativizado como bem que não necessariamente precisa ser abarcado pelos cuidados do Direito penal, embora possa ser acautelado por outros ramos do Direito. A revogação do delito de adultério no Brasil se mostra como grande exemplo. Note-se, além disso, que os bens jurídicos são protegidos pelo Direito, enquanto que apenas os mais relevantes são tutelados pelo Direito Penal.¹⁹

Em resumo, um bem jurídico, pela sua relevância, é selecionado para ser coberto pelo Direito Penal. Essa seleção de quais bens jurídicos devem ser protegidos

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 5.

¹⁴ Ver: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 2; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 67; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 3.

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 5.

¹⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 43.

¹⁷ Ver: SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 5.

¹⁸ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 52.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 70.

pelo Direito penal é uma decisão política.²⁰ Desta forma, é inevitável não questionar a subjetividade das decisões legislativas. Sendo a criminalização uma decisão puramente política, fica ao desejo do legislador a percepção de quais bens proteger, quais ações criminalizar e como criminalizar.

A primeira referência que norteia os bens mais relevantes é a Constituição Federal. Junto a ela temos os princípios do Estado Democrático e Social de Direito.²¹ Bens como a liberdade, a segurança e a vida são de tal importância para a convivência em sociedade que não pode o Direito Penal não se ocupar delas. Criam-se, a partir disso, tipos penais incriminadores.

2.3 O Princípio da *ultima ratio*

A definição de princípios pode ter vários significados. Dentro do ordenamento jurídico, eles são a base do sistema. São elementos de integração, de interpretação e de aplicação das leis.²²

Os princípios podem ser explícitos ou implícitos. No primeiro caso, temos os positivados no ordenamento jurídico; no segundo, os princípios que são derivados da interpretação dos primeiros e implícitos no ordenamento.²³

O princípio da *ultima ratio* não está explicitamente escrito na Constituição Federal, todavia, em vista do Estado Democrático de Direito, o mesmo se faz imprescindível no ordenamento Jurídico.²⁴

Também chamado de Princípio da Intervenção mínima, ele é pressuposto do Estado Democrático de Direito e assenta-se na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Segundo o seu art. 8º:

²⁰ Ver: GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 2; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 5.

²¹ Ver: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 68; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 4; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 5.

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 83.

²³ Ver: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 67; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 83.

²⁴ Ver: BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 84; BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Compreende-se, portanto, que o Direito Penal só deve ser acionado quando estritamente necessário.²⁵ Isso porque sua intervenção deve ocorrer apenas quando todas as outras esferas de controle falharem, de acordo com uma concepção de Direito Penal mínimo.²⁶ Cabe ao Direito proteger os bens jurídicos, porém apenas os mais relevantes recebem a tutela do Direito Penal. Isso ocorre a partir da visão de que apenas o Direito penal tem capacidade para proteger e punir a lesão de alguns bens jurídicos, considerando a importância destes.²⁷ Por mais que possamos argumentar sobre o valor de importância deles para a sociedade, cabe aqui, não só a atenção ao princípio da proporcionalidade²⁸, como também destaque para a ineficácia do Direito Penal na sua proteção, considerando a persuasão e a repressão posterior à lesão, mostrando, desta forma, a necessidade de utilização de outros institutos político sociais e outros ramos do direito na prevenção e resguardo dos bens jurídicos.

Desta feita, quando o Direito busca a resguardar um bem, não necessariamente tal proteção se dará pelo ordenamento jurídico, mas, sim por outros meios do instrumental sócio-político e jurídico do Estado.²⁹ Existem, portanto, outros ramos do Direito que também estão aptos a proteger bens jurídicos.³⁰ Nota-se, aqui,

²⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 55.

²⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

²⁷ Ver: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 69-70; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 86; CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 01.

²⁸ Também conhecido como princípio da razoabilidade, não está explícito na Constituição e está assentado nas ideias do devido processo legal e da justiça. A partir dele, temos uma proteção dos direitos fundamentais, principalmente como meio de controle da discricionariedade do Poder Público, podendo até invalidar atos do poder legislativo ou administrativo quando estes não estão em sintonia com os fins constitucionais. Nessa linha, ver: BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 304; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004, p. 394-396; e MENDES, G. M.; COELHO, I. M.; Branco, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 142-144.

²⁹ Ver: CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 69; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 70; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 5.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 86.

um caráter subsidiário do Direito Penal.³¹ Isso é necessário, pois este sempre tende ao excesso da violência, seja na “[...] elaboração (legislativo), na aplicação (judiciário) ou da execução (executivo) das leis”.³² Desta forma, deve-se ter em mente a incapacidade de outros meios no controle social antes de fazer uso do mecanismo mais extremo.³³

Além disso, leva-se em consideração os efeitos devastadores do Direito penal para o cidadão e, sendo assim, deve ser a última ferramenta de controle social.³⁴ O princípio da *ultima ratio* é, também, um limitador do poder punitivo. Uma barreira contra criminalizações desproporcionais por parte do Estado, ainda mais no Brasil, considerando a “[...] constituição histórica de suas formas de punir e por uma desmedida violência estrutural e institucional do Estado contra seus próprios cidadãos”.³⁵

Segundo Bitencourt, o princípio da Intervenção mínima:

[...] orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes.³⁶

A Intervenção mínima é, portanto, um poderoso princípio contra o descabido uso do Direito penal contra os seus cidadãos. Principalmente num Estado que historicamente faz uso excessivo das instituições repressoras e que se pretende um Estado Democrático de Direito.

Corolário do princípio da Intervenção mínima, é válido citar o Princípio da Fragmentariedade. Este princípio destaca o caráter fragmentar do Direito penal. Isso significa que não são todos os bens que são resguardados pelo Direito Penal e nem

³¹ Ver: BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 85.

³² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 1.

³³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 59-60.

³⁴ Ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 97; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 25.

³⁵ PAVARINI, Massimo; GIANBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21.

³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43.

todas as lesões são por ele punidas. Apenas alguns bens jurídicos e apenas as ações mais gravosas devem ser tuteladas por ele.³⁷

O primeiro destinatário da Intervenção mínima é o legislador e cabe a este a cautela na seleção de quais comportamentos criminalizar. Analisar, portanto, quais ações não puderam ser contidas por outros meios formais-sociais ou por outros ramos do Direito. Não havendo outras possibilidades, o Direito penal deve ser empregado.

Outro destinatário do princípio é o operador do Direito. Este, por sua vez, deve também fazer uso de outros meios típicos para a resolução de conflitos. Desta forma, soluções como demissão por justa causa ou a reposição de um bem furtado podem solucionar um conflito com mais eficiência do que a movimentação do aparato do poder punitivo.

Embora o Legislador não seja o único destinatário da intervenção mínima, fica evidente como sua atuação comunica-se diretamente com o princípio. Quando o legislador deixa de prezar pela subsidiariedade do Direito penal, este torna-se o meio-fim único para resolução de conflitos. A decisão de criminalização de comportamentos coloca, dessa maneira, o cidadão como alvo do Poder punitivo. Nas situações que poderiam ser utilizadas outros meios, tanto menos danosos, quanto mais eficazes, o Direito penal encontra liberdade para agir com “legitimidade”. Importante ressaltar, a vista disso, o papel do legislador na seleção de quais comportamentos criminalizar e como criminalizar.

O princípio da Intervenção mínima, além de agir na seleção dos comportamentos mais gravosos aos Bens jurídicos, também age em sentido contrário. Enquanto evita que quaisquer condutas sejam criminalizadas, ele se presta à descriminalização de ações que já não são vistas como nocivas aos Bens jurídicos.

Como já dito, a seleção dos bens jurídicos se dá de acordo com os bens mais importantes para a convivência em sociedade. Visto que a sociedade é uma figura mutável no tempo, quando alguns bens passam a ser menos relevantes, cabe ao legislador deixar para outras ferramentas sociais o cuidado destes.³⁸ Não à toa que condutas que antes eram criminalizadas, hoje recebem a tutela de outros ramos da sociedade.

³⁷ Ver: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43; BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 56; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 88.

³⁸ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 97.

Deve-se entender que, muitas vezes, a conduta não deixou de ser moralmente reprovável ou vista com olhares negativos pela sociedade, mas, sim, que não cabe mais ao poder punitivo os seus cuidados. Isso ocorre, pois, bens jurídicos deixam de ser tão relevantes; práticas, a princípio negativas, não são vistas como tão danosas aos bens jurídicos, ou, simplesmente, percebe-se que o Direito penal não satisfaz de forma eficaz a proteção do Bem jurídico como outros ramos do próprio Direito ou da sociedade.

3 A MATERIALIZAÇÃO DA LEI PENAL

3.1 Encarceramento em massa

Os problemas do sistema prisional brasileiro tornaram-se, novamente, a ser pauta dos jornais com o massacre ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, Manaus, no começo de 2017. Com 56 mortes e mais de 17 horas de duração,³⁹ a rebelião colocou em foco os já conhecidos problemas do encarceramento no Brasil. Questões como corrupção, maus-tratos, instalações precárias, abandono judicial e insegurança somam-se à superlotação das últimas décadas.

Outro triste episódio como esse foi vivido em 1992 na Casa de Detenção do Carandiru. À época, o Brasil possuía cerca de 114.300 presos.⁴⁰ Hoje, os dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) datam de dezembro de 2014, com uma população de 622.202 presos.

Numa análise quantitativa, houve um progressivo aumento da população carcerária durante o Século XX (TABELA 1):

TABELA 1 – POPULAÇÃO CARCERÁRIA – 1943-1985⁴¹

³⁹ HENRIQUES, Camila; GONÇALVES Suelen; SEVERIANO, Adneison. *Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM*. G1, 2017. Disponível em:

<<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>> Acesso em 31 out 2017.

⁴⁰ Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 31 out 2017, p. 15.

⁴¹ Fonte: Dados com cálculo aproximado, todos retirados de: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Anuário estatístico do Brasil*. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=720>> Acesso em 31 out 2017. Dados de 1943: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Ano VI (1941/1945) – Rio de Janeiro: IBGE, 1946. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1946.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 22; p. 517. Dados de 1950: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Ano XII (1951) – Rio de Janeiro: IBGE, 1952. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1952.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 24; p. 554. Dados de 1955: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Ano XVIII (1957) – Rio de Janeiro: IBGE, 1957. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1957.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 23; p. 528. Dados de 1960: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Ano XXIII (1962) – Rio de Janeiro: IBGE, 1962. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1962.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 25; p. 353. Dados de 1965: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Ano XXVIII (1967) – Rio de Janeiro: IBGE, 1967. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1967.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 37; p. 762. Dados de 1971: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de

TABELA 1 – POPULAÇÃO CARCERÁRIA – 1943-1985

Ano	População Carcerária	Presos/100.000 hab. (Aprox).
1943	8.347	18,7
1950	8.946	16,9
1955	16.276	27,8
1960	21.520	30,3
1965	24.219	29,7
1971	27.467	29,4
1975	37.071	34,8
1980	40.952	34,4
1985	39.609	29,2

O grande salto ocorre a partir da década de 90 (TABELA 2):

TABELA 2 – POPULAÇÃO CARCERÁRIA – 1990-2014⁴²

Geografia e Estatística. v. 34 (1973) – Rio de Janeiro: IBGE, 1973. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1973.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 39; p. 937. Dados de 1975: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. v. 39 (1978) – Rio de Janeiro: IBGE, 1978. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1978.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 69; p. 299. Dados de 1980: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. v. 45 (1984) – Rio de Janeiro: IBGE, 1984. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1984.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 80; p. 348. Dados de 1985: Anuário estatístico do Brasil. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. v. 49 (1989) – Rio de Janeiro: IBGE, 1989. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1989.pdf> Acesso em 24 out 2017, p. 73; p. 254.

⁴² Fonte: Dados com cálculo aproximado. Dados da população carcerária de 1990 e 1995: Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN* – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 31 out 2017, p. 15. Dados da população carcerária de 2000, 2002, 2005, 2010, 2012, 2014: Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN* – Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em 31 out 2017, p. 19. Os dados referentes à demografia populacional são todos retirados de: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Anuário estatístico do Brasil*. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=720>> Acesso em 31 out 2017. Dados demográficos de 1990 e 1995: Anuário estatístico do Brasil 1995. Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. v. 55 – Rio de Janeiro: IBGE, 1995. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1995.pdf> Acesso em 24 out 2017. p. 2 – 17. Dados demográficos de 2000, 2002, 2005, 2010 e 2014: Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN* – Dezembro de

TABELA 2 – POPULAÇÃO CARCERÁRIA – 1990-2014

Ano	População Carcerária	Presos/100.000 hab. (Aprox).
1990	90.000	62,1
1995	148.800	94,9
2000	232.755	135,3
2002	239.345	136,7
2005	361.402	194,6
2010	496.251	244,1
2014	622.202	306,2

Tais números não deixam dúvidas que vivemos um processo de encarceramento em massa. Um processo de aumento que se percebe nas décadas de 60 e 70, torna-se evidente na década de 80, e tem sua explosão exponencial de 90 para frente. Como afirma Pavarini, há uma coincidência com o período de redemocratização do Brasil:

Como se vê, uma curva de crescimento exponencial e sem precedentes na história do país coincide com o processo político de redemocratização, consolidado em 1988, e com a adoção de alternativas variadas ao cárcere a partir da década de 90.⁴³

3.2 Alterações de artigos penais de 1940 até 1987

Após a Independência, em 1822, e sua submissão às Ordenações Afonsinas, Manoelinas e Filipinas, o Brasil editou alguns Códigos durante sua história.⁴⁴

Atualmente, vige ainda na Parte Especial, com algumas pequenas alterações, o Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Este, em suma, é destinado “a definir os delitos e a cominar as penas”.⁴⁵

2014. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf > Acesso em 31 out 2017, p. 20.

⁴³ PAVARINI, Massimo; GIANBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 104.

⁴⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 5.

⁴⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 6.

Em sua Parte Geral, temos a sua edição a partir da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que vai orientar a interpretação e aplicação da lei penal.

Estabelecemos como período apropriado, considerando a edição do último código brasileiro, de 1940, para apresentar a produção penal desde então até 1988, quando houve a promulgação da Constituição Federal. O objetivo é apresentar a produção penal com a criação de novos tipos penais, inclusão de novas ações na alteração da redação e os aumentos de penas. Busca-se, portanto, demonstrar diretamente a alteração penal mais rigorosa. Ressalta-se que limitamos a análise aos artigos diretamente alterados da parte especial, embora alterações na Parte Geral possam significar até mais severidade que a tipificação em si.

Com as análises a seguir, torna-se possível apresentar claramente o aumento de alterações penais, mais especificamente, de alterações mais criminalizantes, quais sejam, as criações de tipos penais, o alargamento destes e os aumentos de penas.

Desde sua vigência, em 1940, o Código Penal brasileiro teve várias alterações em seus artigos. Além da reformulação de sua Parte Geral, podemos elencar outras alterações na sua Parte Especial.

A análise realizada, de 1940 até 1987, demonstra um período de 47 anos (TABELA 3). Considerando as análises das alterações no código nessa época e as delimitações feitas anteriormente, temos a edição de cinco leis. Todas com alterações mais severas na parte especial.

TABELA 3 – EDIÇÃO DE LEIS – 1940-1987

Período (anos)	Leis com alterações penais
1940-1945	0
1946-1950	0
1951-1955	0
1956-1960	0
1961-1965	0
1966-1970	2
1971-1975	0
1976-1980	1
1981-1987	2

Destacamos o período de 25 anos de ausência de alterações penais muito devido à então recente edição do Código Penal, em 1940.

Na análise de artigos alterados:

TABELA 4 – ALTERAÇÃO DE ARTIGOS – 1940-1987

Período (anos)	Artigos criados ou alterados
1940-1945	0
1946-1950	0
1951-1955	0
1956-1960	0
1961-1965	0
1966-1970	3
1971-1975	0
1976-1980	1
1981-1987	2

Olhando as tabelas (TABELA 3 e TABELA 4), temos um total de cinco leis que alteraram 6 artigos da Parte especial do Código Penal num período de 47 anos.

3.3 Alterações de artigos penais de 1988 até os dias atuais

Tendo em vista os mesmos métodos, realizou-se a mesma análise, nas alterações dos artigos da Parte especial, do Código Penal, a partir de 1988. Aqui, como já dito, o objetivo é demonstrar, no âmbito da criminalização primária, a ocorrência da “criação de novos tipos penais incriminadores com o objetivo de proteção de novos valores e dos novos interesses alçados à categoria de bens jurídicos-penais”,⁴⁶ como também, sua expansão a partir do alargamento dos tipos penais e aumentos da punição.⁴⁷

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 101.

⁴⁷ Ver GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007 e JESÚS-MARÍA, Silva Sánchez. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal*

TABELA 5 – EDIÇÃO DE LEIS – 1988-2016

Período (anos)	Leis com alterações penais
1988-1995	2
1996-2000	6
2001-2005	9
2006-2010	5
2011-2016	10

Entre 1988 e 2016, um período de 28 anos, temos a edição de trinta e duas leis com alterações penais (TABELA 5).

A diferença fica ainda mais gritante quando analisamos os artigos alterados no lugar das edições das leis (TABELA 6):

TABELA 6 – ALTERAÇÃO DE ARTIGOS – 1988-2016

Período (anos)	Leis com alterações penais
1988-1995	2
1996-2000	29
2001-2005	18
2006-2010	15
2011-2016	16

Em conclusão, temos um total de trinta e duas leis que alteraram oitenta artigos da Parte especial do Código Penal.

Não constam nesta análise as duplas alterações em cima do mesmo artigo, o que aumentaria ainda mais o número dos dados, a exemplo de alguns artigos – artigo 213, 215, 216, 231 e 231-A – que já haviam sido alterados após 1988 e foram modificados novamente.

3.4 O Direito Penal aumentou?

Constatamos dois eventos, portanto, nesses dados. Um aumento progressivo da população encarcerada e um aumento progressivo da produção penal legislativa mais severa. Identifica-se, com esses dados, uma real expansão do poder punitivo estatal, principalmente quando verificamos a coincidência desses fenômenos e seu curto período de tempo, especificamente no período constitucional.

Devido ao progressivo encarceramento das últimas décadas, como apresentado anteriormente, surgem questões não respondidas. Por que estamos vendo e vivendo uma escalada sem precedentes de presidiários?

A primeira tentativa de resposta conecta o aumento do encarceramento com um suposto aumento da criminalidade. Com mais crimes, maior o número de presos. No entanto, são questionáveis dados que afirmem um aumento da “criminalidade”, considerando a diferença entre a criminalidade real e a criminalidade aparente. Lembremos que os dados sobre a criminalidade dependem da denúncia das vítimas, o conhecimento do crime, a eficiência da polícia e do Poder Judiciário.⁴⁸ Todas essas variáveis alteram sensivelmente o real conhecimento da quantidade de crimes na sociedade e, dessa forma, um falso aferimento de sua elevação.⁴⁹

Uma segunda explicação argumenta que o aumento dos presos é consequência de legislações penais mais severas a partir da década de 80. Logo, penas mais severas resultariam em pessoas sob a tutela do sistema prisional por mais tempo. Contra isso, o contexto dos anos 80 e 90 sustenta uma complexidade sócio-política no mundo (fim da guerra fria, fim da URSS e queda de ditaduras), e um relativo aumento da criminalidade aparente, torna muito difícil quantificar um “[...] aumento das taxas de encarceramento determinado pelo crescimento dos índices de criminalidade e por legislações penais mais severas”.⁵⁰ Além disso, processos de criminalizações

⁴⁸ PAVARINI, Massimo; GIANBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

⁴⁹ Conhecido como cifra oculta, diz respeito à “disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 44.

⁵⁰ PAVARINI, Massimo; GIANBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

primárias⁵¹ severas não necessariamente resultam em criminalizações secundárias⁵² também severas.⁵³

Uma terceira possibilidade, por sua vez, é o próprio aumento na severidade das criminalizações secundárias. Dessa forma, um maior rigor na ação das agências policiais resultaria em um maior número de presos. Mais uma vez, a verificação empírica impossibilita uma afirmação definitiva. Somado a isso, as influências que um aumento no número de crimes e uma legislação mais severa possuem também dificultam a clareza das suposições.⁵⁴

Dentro dos argumentos anteriores, cabe ressaltar um possível sentimento de insegurança da população que, na necessidade de maior tutela por parte do Estado, demandou uma maior repressão institucional.⁵⁵

Entre outras explicações, podemos citar, ainda, a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, que limitou a progressão de regime e aumentou o tempo de cumprimento da pena para a liberdade condicional, resultando em mais pessoas no regime fechado.⁵⁶

Outro fator considerável é a inclusão do tráfico de drogas como Crime Hediondo. Não obstante a despenalização do uso de entorpecentes com a Lei Nº 11.343, de 2006, a realidade demonstra um encarceramento contínuo relacionado à guerra às drogas.⁵⁷

⁵¹ “Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43. Trata-se, portanto, da criminalização de determinados grupos sociais, ou criminalização mais severa, ao invés de outros.

⁵² A criminalização secundária é, por sua vez, “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43. Da mesma forma, pode ser exercida sobre grupos específicos.

⁵³ PAVARINI, Massimo; GIANBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

⁵⁴ PAVARINI, Massimo; GIANBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

⁵⁵ PAVARINI, Massimo; GIANBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

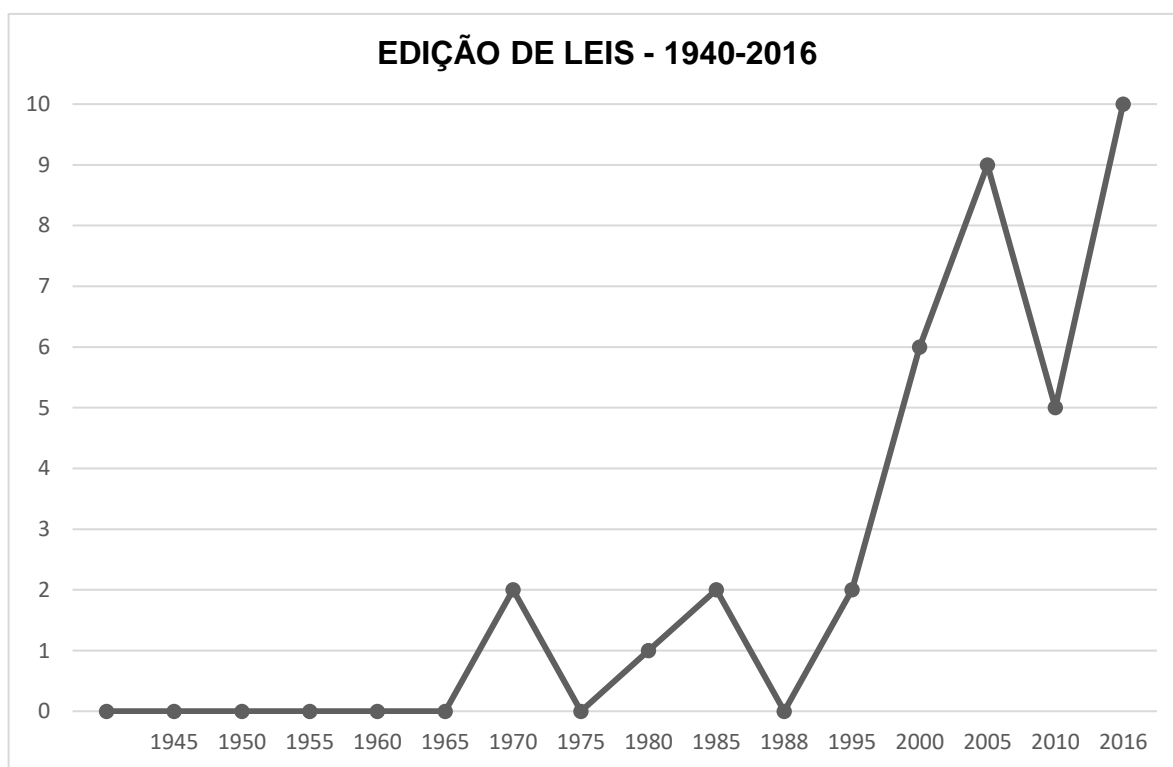
⁵⁶ SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. *Encarceramento e massa e a tragédia prisional brasileira*. IBCCRIM, 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisional-brasileira> Acesso em 31 out 2017.

⁵⁷ 28 % das sentenças criminais no Brasil estão relacionadas à Lei de Drogas: Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – Dezembro de 2014*. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em 31 out 2017, p. 33.

Embora as respostas dadas, uma coisa é evidente: o aumento da população prisional brasileira e responder o porquê isso ocorre é um pouco mais complicado. Como apresentado, tentativas de explicações não faltam. Exposto isso até o momento, podemos passar para o outro ponto também evidente: o aumento da produção penal brasileira.

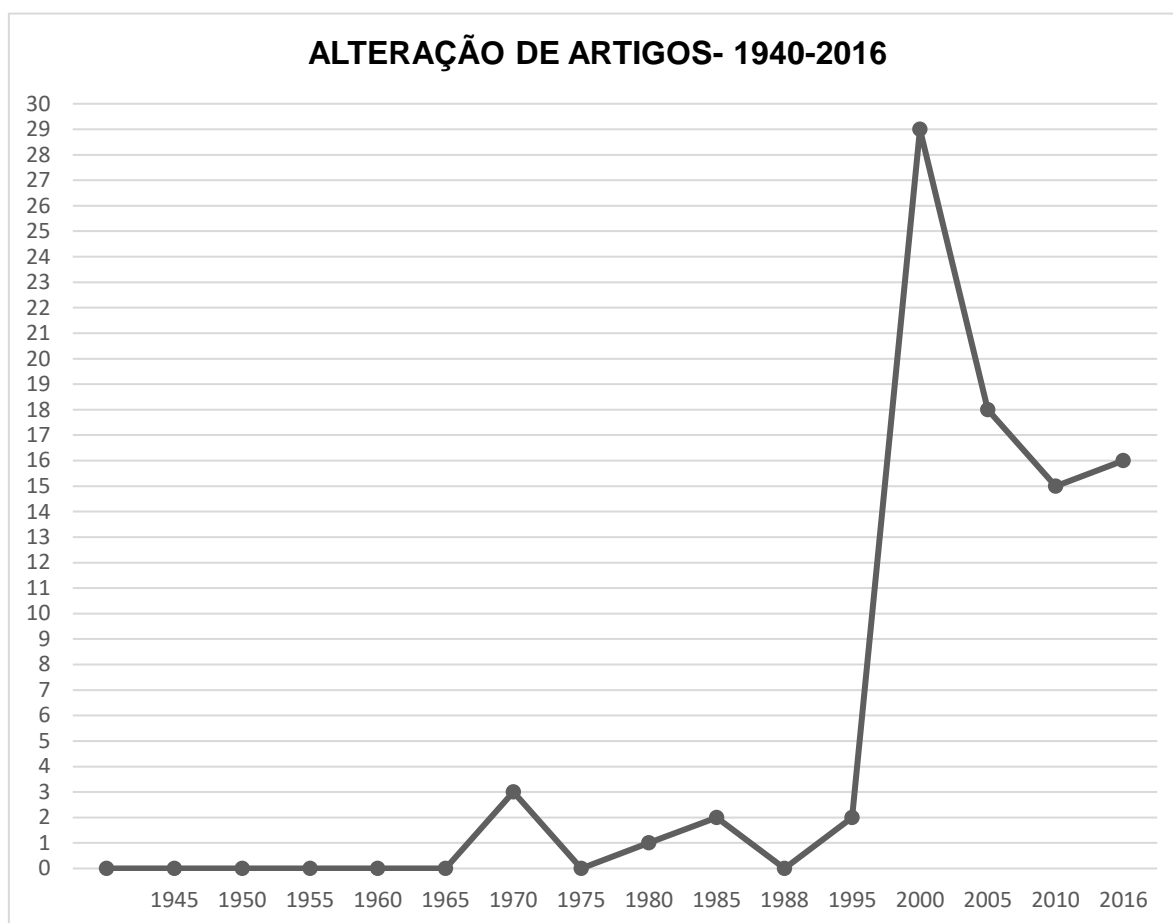
Temos uma clareza maior sobre a explosão de alterações penais já analisadas quando colocamos em gráfico (GRÁFICO 1):

GRÁFICO 1 – EDIÇÃO DE LEIS – 1940-2016



Neste gráfico (GRÁFICO 1), temos a quantidade de edições de leis com alterações de artigos penais de forma mais severa.

GRÁFICO 2 – ALTERAÇÃO DE ARTIGOS – 1940-2016



Neste (GRÁFICO 2), temos as análises da quantidade de artigos alterados.

Todas as alterações apresentadas na TABELA 4 e TABELA 6, e unidas no GRÁFICO 2, são, como já dito, alterações que resultam em maior severidade da legislação penal. Desta forma, perceptível que em 47 anos, seis artigos foram modificados na parte especial do Código Penal. A partir de 1988, temos uma explosão na modificação da legislação penal, uma verdadeira “ampliação dos horizontes de criminalização primária”.⁵⁸

Assim sendo, temos dois fenômenos analisados: primeiro, o aumento de encarceramento, e, segundo, o aumento das alterações penais. Como já apresentado, existem inúmeros argumentos possíveis para explicação do aumento de encarceramento e outros, que ainda serão citados, para explicar o aumento da produção penal. Embora não se possa afirmar com clareza as razões para esses

⁵⁸ CARVALHO, *Salo de. Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 101.

acontecimentos, podemos, a partir dos dados, afirmar a ocorrência de um aumento do poder punitivo, ou seja, uma expressiva expansão do aparato estatal punitivo, especificamente após 1988. Como consta no título deste tópico, “O Direito Penal aumentou?” é uma pergunta que guarda muitas vertentes considerando os inúmeros significados possíveis para o Direito Penal, questão já analisada na primeira parte deste trabalho. Compreendendo-o como um conjunto entre o Poder punitivo, leis e doutrina, inevitável a afirmação de que existe, em progresso, uma expansão do Direito Penal.

4 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO PENAL

4.1 Direitos e Garantias fundamentais

Surgido ao final da Idade média, a constituição é um conceito histórico relativamente recente junto com a formação do Estado moderno. O nascimento deste e da constituição muito se deve aos movimentos revolucionários do século XVII e XVIII: revolução inglesa, americana e francesa,⁵⁹ destacando a importância da “separação dos poderes e a proteção dos direitos individuais”.⁶⁰

Resultado das revoluções liberais e do Estado moderno, a constituição tem por objeto:⁶¹

[...] estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos do Estado, bem como os fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Ligado à formação dos Estados modernos e das constituições, temos o desenvolvimento dos direitos fundamentais, que hoje é um dos elementos da Constituição Federal de 1988. Além das questões já levantadas, podemos ainda citar o contexto de redemocratização, após a experiência de governo num regime militar, o clima pós Segunda Guerra Mundial e a guerra-fria com o fim das polaridades divisórias no mundo.

A construção dos Estados democráticos de direito, Estado constitucional de direito, e Estado constitucional democrático mostrou-se necessária diante das grandes catástrofes do século XX. No Brasil, a redemocratização veio à tona com um contexto mundial pela garantia dos direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais, hoje, é entendida com tal importância que a não positivação na Constituição é impensável. Na Constituição de 1988, temos um título sobre Direitos Fundamentais: *Título II – Dos Direitos e Garantias*

⁵⁹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73.

⁶⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 243.

⁶¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, p. 43.

Fundamentais. Na distinção entre Direitos e Garantias, temos que estas buscam a proteção de forma a garantir meios e assegurar a não violação dos direitos fundamentais.⁶² Já os direitos “têm como objeto imediato um bem específico da pessoa”.⁶³

José Afonso da Silva define direitos fundamentais como “Aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”.⁶⁴ São eles, portanto, a proteção dos valores mais importantes à existência humana e, sendo assim, não cabem em outro lugar, senão na Carta Magna.

A Constituição de 88 foi, de todas, a que mais inovou na proteção dos direitos fundamentais. Trouxe garantias e positivou direitos em busca do Estado Social e Democrático de Direito⁶⁵ e impediu que o legislador pudesse alterá-los à sua vontade.⁶⁶ Isso muito em vista do contexto de redemocratização e reafirmação de direitos essenciais ao ser humano, representados nos direitos fundamentais. O momento complexo de construção de uma nova norma suprema exigiu a proteção dos valores mais caros da existência humana. Nessa linha, como escreve o preâmbulo da Constituição, a Constituinte teve como objetivo:⁶⁷

[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, [...].

4.2 Garantias de grupos minoritários na Constituição Federal

Discorrido sobre as inovações da Constituição de 1988, cabe aqui destacar pontos relevantes acerca dos direitos fundamentais e o Direito penal: Primeiro, uma

⁶² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, p. 189.

⁶³ Ver: MENDES, G. M.; COELHO, I. M.; Branco, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 302; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004, p. 526.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, p. 191.

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004, p. 548.

⁶⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Constituição Federal*. DF, 1988, art 60 §4º.

⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Constituição Federal*. DF, 1988.

hiperespecialização penal de grupos específicos e, segundo, uma tentativa de resposta e solução imediata aos conflitos sociais a partir da lei penal. As duas dimensões têm como consequência a explosão de produção penal dos legisladores, como analisado anteriormente a partir de 1988.

A inovação nos direitos fundamentais produziu uma necessidade de criminalização ou maior penalização de algumas condutas. Na tentativa de salvaguardar os direitos fundamentais, a Constituição determinou a proteção dos direitos fundamentais. O legislador, na sua função, também em resposta aos ditames constitucionais, respondeu a tais comandos com a produção penal que se percebeu no capítulo anterior.

Fundamentado na necessidade de preservar os direitos fundamentais, criou-se a falsa ideia de que a criminalização era suficientemente eficaz para tal função. Desconsiderando o Princípio da *ultima ratio*, o Direito Penal tornou-se a resposta imediata aos clamores populacionais e aos comandos constitucionais.

A Constituição impõe ao legislador a criminalização de algumas condutas:⁶⁸

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Constituição Federal*. DF, 1988.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

As normas constitucionais citadas são exemplos de comandos de criminalizações dirigidos aos legisladores.⁶⁹ Cada um representa um espectro de explicação da atual situação de criminalização brasileira.

As situações citadas são os casos de hiperespecialização de grupos de vítimas que demandaram criminalizações específicas e, conseqüentemente, o aumento do poder punitivo. A partir da formação de direitos fundamentais e a proteção de minorias, houve a produção penal especializada para salvaguardar alguns grupos específicos e, havendo a especialização, houve também o aumento da severidade punitiva da legislação. A exemplo disso temos o estatuto do idoso, o estatuto da criança e do adolescente, as proteções ao trabalhador, ao meio ambiente e as criminalizações contra o racismo.

Outra dimensão relevante é a percepção de que a proteção dos direitos fundamentais deve ser realizada especificamente através do Direito Penal. Segundo o inciso XLI, do artigo 5º da Constituição Federal, “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”⁷⁰ No entanto, não se deve compreender deste inciso que o Direito penal é a única forma de proteção dos direitos fundamentais. Como afirma Gilmar Mendes, “convém observar que configura prática corriqueira na ordem jurídica a concretização de deveres de proteção mediante a criminalização de condutas”.⁷¹ Além dos questionamentos quanto à eficácia desse ramo do Direito para a proteção destes, ainda temos a sua ação fática que é sempre posterior à lesão.

Desta forma, embora a Constituição preveja um “[...] amplo rol de limites ao poder repressivo do Estado [...]”,⁷² ao mesmo tempo que estabeleceu um grande

⁶⁹ DISSENHA, Rui Carlo. *Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional*. p. 02. Disponível em: <<http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/viewFile/132/106>> Acesso em 24 out 2017.

⁷⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Constituição Federal*. DF, 1988.

⁷¹ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 631.

⁷² CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 88.

leque de direitos fundamentais, exigiu, também, a proteção repressiva no âmbito dos direitos coletivos e transindividuais, supondo, com ingenuidade, que a tutela penal é suficientemente eficaz.⁷³

Ocorre aqui, em suma, um contraponto entre um período democrático, que priorizou direitos e garantias fundamentais, e um aumento do poder punitivo. A construção de um direito penal mínimo, num Estado Democrático de Direito, de um lado, e a expansão do poder punitivo, como visto no capítulo anterior, de outro.

4.3 Estado Democrático de Direito

Como consta no art.1º, *caput*, da Constituição Federal, o Estado Democrático de Direito é o perfil político constitucional do Brasil.

O Estado de Direito teve sua origem no Estado Liberal, inicialmente caracterizado pela divisão de poderes, direitos individuais e o fortalecimento da lei. Essas características continuaram a marcar o Estado de Direito, principalmente pelo resultado na construção de cidadãos livres.⁷⁴

Posteriormente, as concepções do Estado de Direito se mostraram insuficientes em vista das injustiças causadas pelo individualismo e neutralidade do Estado Liberal. Buscou-se, dessa forma, um Estado material de Direito, que respondesse às necessidades de justiça social. O Estado Social de Direito surge, portanto, para corrigir esse individualismo clássico liberal e concretizar os direitos sociais. O objetivo aqui é alinhar o capitalismo com o bem-estar social.⁷⁵

Embora os objetivos do conceito Social, o mesmo passou a deixar de ser usado em vista da ambiguidade do seu termo. Além dos Estados sociais vividos no século XX, com a Alemanha Nazista ou a Itália Fascista, entre outros exemplos, ressalta-se que “[...] o importante não é o social, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito”.⁷⁶

⁷³ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 88.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, p. 112.

⁷⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, p. 115.

⁷⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, p. 116.

Os exemplos vistos na história nos mostram que nem sempre um Estado de Direito ou um Estado Social estão conectados a um Estado Democrático. Este caracterizado pela soberania popular nas decisões da coisa pública⁷⁷ e tem seu potencial explorado na união com o Estado de Direito.

O Estado Democrático de Direito resulta numa democracia que busca a “convivência social numa sociedade livre, justa e solidária”, como consta no artigo 3º, I, da Constituição Federal. Ele busca superar a mera igualdade formal do Estado de Direito através da promoção da “justiça social”. Não basta aqui a submissão de todos perante a lei. É necessário que as leis estejam em consonância material com a sociedade.

No Estado Democrático de Direito, a norma penal não é apenas aquela que descreve um fato como típico. Ela precisa, alinhada à Constituição, tipificar apenas os atos selecionados que realmente possuam uma lesividade social. Sendo assim, o Direito penal brasileiro deve ser obediente aos princípios constitucionais.

Um ponto relevante é a dicotomia de Estado de Direito e Estado absoluto. No primeiro, temos um Poder Público e um Direito Penal rigidamente limitados pela lei. Portanto, um maior vínculo garantista quanto à quantidade e qualidade das criminalizações, ou seja, um Direito penal mínimo. No segundo, temos um poder público que não é disciplinado pela lei, sendo assim, não possui limites legais, um menor vínculo garantista quanto à quantidade e qualidade das criminalizações, isto é, um direito penal máximo.⁷⁸

O direito penal mínimo é caracterizado por ser limitado ao máximo pela lei, resultando numa maior proteção dos direitos e liberdades dos cidadãos diante do arbítrio punitivo, muito em vista da maior racionalidade e certeza presente. Contrariamente, o direito penal máximo, por não possuir limitações legais é imprevisível e irracional, além de possuir uma excessiva severidade.⁷⁹

O direito penal mínimo é característica não só de um Estado de Direito, como também de uma concepção Democrática de Estado, respeitando os princípios e

⁷⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros Editores: São Paulo, 2005, p. 117.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 84.

garantias constitucionais.⁸⁰ Em outras palavras, compreende-se que um direito penal mínimo está intrinsicamente ligado à um Estado Democrático e de Direito.

Em suma:

[...] submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade, particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.⁸¹

Aqui demonstra-se, novamente, a função do Direito Penal, especificamente no Estado Democrático de Direito, de proteger de forma subsidiária os bens jurídicos fundamentais.

Como consta no artigo 1º da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.⁸² Ao determinar o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, formaliza-se uma concepção de direito penal mínimo e democrático dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A partir disso, é possível a dedução dos princípios limitadores do poder punitivo, entre eles, o, já citado, Princípio da Intervenção Mínima.⁸³

4.4 Demanda legislativa

Apresentados as questões anteriores, devemos especificar uma seção para a atividade legislativa. É função dos legisladores, como o próprio nome diz, legislar. A função de produção de lei, de criação das leis que vigorarão no sistema jurídico brasileiro, sempre em vista da Constituição.

No âmbito dos direitos fundamentais, como já dito, cabe ao Poder Legislativo a positivação desses direitos e a regulamentação de sua proteção. Muitas das vezes, o mandamento constitucional depende de uma normatização infraconstitucional.

⁸⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁸² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Constituição Federal*. DF, 1988, art 1º, caput.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

Da explosão de produção penal vista no capítulo 2, podemos ainda somar alguns cenários que poderiam contribuir para tal situação na dimensão legislativa:

Uma demanda punitivista crescente no final do século XX, ligado à uma sensação de insegurança; um aumento⁸⁴ da criminalidade aparente; e a necessidade de resposta estatal aos conflitos sociais. Todas essas análises podem resultar, em última instância, numa produção penal legislativa. Numa resposta imediata e supostamente eficaz do Estado na solução de problemas sociais. Em outras palavras, na construção de um Direito Penal simbólico que pretende, tão somente, amenizar o furor da população frente aos conflitos sociais.⁸⁵ Atentemos, portanto, que a “[...] vulgarização do direito penal, como norma solucionadora de qualquer conflito, pode levar ao seu descrédito e, conseqüentemente, à ineficiência de seus dispositivos”.⁸⁶

Com base nisso, podemos questionar a atividade legislativa a partir de uma resposta simbólica aos clamores da população. Não é muito difícil concluir que a construção de uma estrutura social de igualdade no passar das gerações é muito mais penoso, lento e difícil de demonstração para fins de autoglorificação do que a assinatura de uma alteração mais gravosa para algum delito, passível ainda de mediatização⁸⁷ e enaltecimento do discurso punitivista ascendente nas últimas décadas, principalmente como resolução imediata da criminalidade.

Nessa linha:

A atividade legislativa da década de 90, potencializada pelo conjunto de normas constitucionais programáticas, ampliou as hipóteses de criminalização primária e enrijeceu o modo de execução das penas, na grande maioria das vezes indo além do permitido constitucionalmente. O resultado desta experiência legislante foi a dilatação do *input* e o estreitamento do *output* do sistema carcerário. Assim, paralelamente à criação de inúmeros novos tipos penais, houve substancial alteração na modalidade de cumprimento das sanções, sobretudo pela inovação operada com a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).⁸⁸

⁸⁴ JESÚS-MARÍA, Silva Sánchez. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

⁸⁵ GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 59.

⁸⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 87.

⁸⁷ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

⁸⁸ CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 271.

Isso fica ainda mais evidente quando investigamos o fascínio humano pela violência e crueldade. Como alega Salo de Carvalho, “nota-se, quando a discussão criminal é pautada, verdadeiro fascínio pelos atos de crueldade, pelo excesso de violência, pelo abuso da força e o uso desmedido do poder”.⁸⁹ Sendo assim, compreende-se o sucesso de discursos criminalizantes.

Esse discurso pela punição, pela lei e pela ordem, encontra seu destinatário principal, o legislador quem, no afã de conquistar votos, responde com uma legislação penal de emergência, a qual, na grande maioria das vezes, sequer é objeto de reflexão.⁹⁰

Devemos nos atentar para a existência de uma constante tensão entre os direitos individuais e a pretensão punitiva do Estado. As criminalizações de condutas e imposições de penas exigem uma justificação para estarem de acordo com a Constituição. Não podem ser atos arbitrários do Estado.⁹¹ Deve os legisladores agirem em conformidade com ela na produção de leis penais. Não devem “*ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão”.⁹² Pois, no primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de observância à razoabilidade e proporcionalidade⁹³ e, no segundo caso, omissão dos legisladores aos ditames constitucionais.⁹⁴

Como já dito, é função do Direito penal limitar o poder punitivo do Estado. Neste objetivo, cabe a missão de:

“[...] conter a ‘fúria legislativa’, ou seja, o desejo incontido do legislador de criar tipos penais, proibindo ou impondo determinados comportamentos cujos bens não mereciam ser protegidos pelo direito penal, mas, sim, por outros ramos do ordenamento jurídico menos radicais do que aquele.”⁹⁵

⁸⁹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 01.

⁹⁰ ABREU, Ana Claudia da Silva; SANTOS, Douglas Rafael Schinermann. *Constitucionalização do direito penal x expansão da tutela penal: (re)visitando o princípio da legalidade*. p. 02. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/09.pdf>> Acesso em 24 out 2017.

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380.

⁹² *Ibidem*, p. 378.

⁹³ Situação da proibição do excesso, uma das vertentes do princípio da proporcionalidade. GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 127.

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

⁹⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 4.

Como já citados, existem os comandos constitucionais explícitos. De outra forma, tem o legislador certa margem de ação para escolher as ações que devem ser criminalizadas,⁹⁶ segunda uma visão da constituição como limite negativo do Direito Penal.⁹⁷ No entanto, sempre alinhado ao Princípio da proporcionalidade.⁹⁸ Nesse entendimento, a ação legislativa deve ser racional e ponderada. Não um meio de auto exaltação na utilização das leis penais como resposta súbita não só aos conflitos sociais, mas à própria criminalidade.

Em conclusão, como alega Salo de Carvalho:⁹⁹

Em matéria repressiva, a efetividade das normas constitucionais não apenas foi plena, como o Legislador, aproveitando os quadros de generalização dos medos decorrentes da crise do sistema de segurança pública, excedeu os parâmetros estabelecidos pelo constituinte originário. Assim, como a proliferação do discurso punitivista nas esferas do jurídico e da política, tem-se de forma trágica, a ineficácia da Constituição Penal de garantias em detrimento da plena efetividade da Constituição Penal criminalizadora e punitiva.

⁹⁶ PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 55.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁹⁸ MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 631.

⁹⁹ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 90.

5 CONCLUSÃO

Dos dados analisados, fica claro o aumento da população carcerária e da produção penal legislativa mais severa. Como apresentado, esses fenômenos ocorrer especialmente após a Constituição de 1988. Um período que se pretende democrático dentro de um Estado Democrático de Direito, portanto, na existência de um Direito Penal mínimo. Alinhado à proteção dos bens jurídicos e limitado por princípios constitucionais.

Neste trabalho pretendeu-se, em suma, realizar uma crítica ao Direito Penal brasileiro, analisando, primeiro, as ocorrências que demonstram uma expansão do poder punitivo, para, posteriormente, buscar as razões que explicam essas situações.

Como discorrido, apresentou-se os conceitos principais que deveriam guiar a Direito Penal. Constatou-se, a partir dos dados, uma real expansão do Direito Penal. Verificado sua ocorrência no período Constitucional, explorou-se as ligações possíveis e contradições existentes entre ela e o Estado Democrático de Direito.

Além dos possíveis questionamentos sobre a eficácia das penas privativas de liberdade, devemos lembrar que o Direito penal deveria agir apenas nas situações extremas e de evidente necessidade. Quando todos os meios de proteção dos interesses constitucionais já não surtem resultado,¹⁰⁰ ou, de outra forma, utilizar outros meios somados ao Direito penal, e não este como opção primeira e única. Considera-se, pois, que “a lei penal não deve ser vista como a primeira opção (*prima ratio*) do legislado para compor conflitos existentes em sociedade. [...]”.¹⁰¹

Entre outras questões, lembramos que não houve a análise das alterações realizadas no Código de Processo Penal, Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, que, pela sua natureza processual, pode ter modificações muito mais severas do que um aumento de pena, por exemplo.

Salientamos que o objetivo aqui não foi questionar os Direitos fundamentais, sua proteção ou sua importância para um Estado democrático de Direito, mas, tão somente, realizar uma análise crítica da produção penal após 1988, principalmente no uso da Constituição como fundamentação.

¹⁰⁰ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378.

¹⁰¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 86.

Ressalta-se também os atos legislativos nas tipificações, vistos como respostas imediatas aos problemas sociais, além tentativas inócuas de proteção dos bens jurídicos.

Por fim, destacamos a inequívoca expansão do Poder punitivo no Direito Penal brasileiro. Uma expansão que tem como discurso a proteção dos bens jurídicos e dos direitos fundamentais, estabelecidos num Estado Democrático de Direito, mas que faz uso desmedido do Poder Punitivo sem considerar as consequências presentes nos dados analisados. E que, pior, não demonstra nenhum sinal de redução frente a Constituição de 1988.

Como afirma Bauman, “a incriminação parece estar emergindo como o principal substituto da sociedade de consumo para o rápido desaparecimento dos dispositivos do estado de bem-estar”.¹⁰²

¹⁰² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 78.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Ana Claudia da Silva; SANTOS, Douglas Rafael Schinermann. *Constitucionalização do direito penal x expansão da tutela penal: (re)visitando o princípio da legalidade*. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/09.pdf>> Acesso em 24 out 2017.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama; revisão técnica Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral 1*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DF, 1988.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de; FREIRE, Christiane Russomano. O Regime Disciplinar Diferenciado: Notas Críticas à reforma do Sistema Punitivo Brasileiro. In: CARVALHO, Salo de. *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN* – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 31 out 2017.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN* – Dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf> Acesso em 31 out 2017.

DISSENHA, Rui Carlo. *Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito Penal nacional*. p. 02. Disponível: <<http://ojs.up.com.br/index.php/raizesjuridicas/article/viewFile/132/106>> Acesso em 24 out 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. Ano VI (1941/1945) – Rio de Janeiro: IBGE, 1946. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1946.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. Ano XII (1951) – Rio de Janeiro: IBGE, 1952. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1952.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. Ano XVIII (1957) – Rio de Janeiro: IBGE, 1957. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1957.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. Ano XXIII (1962) – Rio de Janeiro: IBGE, 1962. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1962.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. Ano XXVIII (1967) – Rio de Janeiro: IBGE, 1967. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1967.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. v. 34 (1973) – Rio de Janeiro: IBGE, 1973. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1973.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. v. 39 (1978) – Rio de Janeiro: IBGE, 1978. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1978.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. v. 45 (1984) – Rio de Janeiro: IBGE, 1984. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1984.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. v. 49 (1989) – Rio de Janeiro: IBGE, 1989. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1989.pdf> Acesso em 24 out 2017.

FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil 1995*. v. 55 – Rio de Janeiro: IBGE, 1995. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1995.pdf> Acesso em 24 out 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GUNTHER, Jakobs; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

HENRIQUES, Camila; GONÇALVES Suelen; SEVERIANO, Adneison. *Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM*. G1, 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>> Acesso em 31 out 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Anuário estatístico do Brasil*. Disponível em <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=720>> Acesso em 31 out 2017.

JESÚS-MARÍA, Silva Sánchez. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAVARINI, Massimo; GIANBERARDINO, André. *Teoria da pena e execução penal: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. nos termos da Reforma Constitucional, Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005. Malheiros Editores: São Paulo, 2005.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. *Encarceramento e massa e a tragédia prisional brasileira*. IBCCRIM, 2017. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisional-brasileira> Acesso em 31 out 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. et al. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.